

**2019年度南山大学大学院法務研究科法務専攻〈専門職学位課程〉入学試験
《B日程》 法律科目試験（刑法） 出題趣旨**

この事例は、設問Ⅰから設問Ⅲで、刑法総論・各論の重要論点について正確に理解できているかを確認することを意図している。

設問Ⅰは、無免許で医業を行っている X が、患者の同意を得て手術を行った行為について傷害罪の成否を検討させる問題である。この設問では、治療行為と傷害罪の成否、患者の承諾の有効性等について、違法性阻却事由に該当するかという視点から検討させるものである。

設問Ⅱは、X が Y の承諾を得て Y 名義で診断書を作成したことについて有印私文書偽造罪が成立するかを検討させる問題である。私文書偽造罪における偽造とは、名義人と作成者との人格の同一性を偽ることであるので、名義人と作成者が誰であるかを特定する必要がある。名義人の承諾がある場合には一般的には有形偽造には該当しないが、文書の性質上、名義人の以外の者が作成できない文書も存在し、本件の診断書は名義人の医師本人が作成しなければならない事実証明に関する私文書であるため、Y の承諾があっても、X が診断書を作成する行為は、名義人と作成者との人格の同一性を偽るものであり、X が Y と署名して診断書を作成する行為には有印私文書偽造罪が成立することになる。Z については、本件偽造行為を自らの犯行のために積極的に持ちかけており、X と本件行為について共謀し、正犯意思をもって X が本件実行行為を行っているため、Z には有印私文書偽造罪の共謀共同正犯が成立する。

設問Ⅲは、Z が X 作成の診断書を利用して火災損害保険会社に保険金の請求を行い 200 万円の保険金の支払いを受けた行為について、詐欺罪が成立するかを検討させる問題である。保険会社の担当者をニセの診断書で欺き 200 万円という財物の交付を受けているので詐欺罪が成立する。また、X について詐欺罪の共同正犯が成立するかであるが、X は自らが無免許であることを公表されたくないために、本件犯行に関与しており、診断書の作成は本件詐欺行為には必要不可欠であり、X にしか作成できない文書であることから、分け前の報酬を受けとらなかったとしても、X の関与は重要であり正犯意思を認定できる。Z と X 間には本件詐欺の共謀も存在していることから、Z にも詐欺罪の共謀共同正犯が成立する。なお、Z には偽造有印私文書行使罪（X には共謀共同正犯）も成立し、有印私文書偽造罪・同行使罪・詐欺罪は牽連犯となる。

以上

**2019年度南山大学大学院法務研究科法務専攻〈専門職学位課程〉入学試験
《B日程》 法律科目試験（憲法） 出題趣旨**

設問は、受動喫煙防止条例によって規制される「喫煙の自由」「営業の自由」に関する問題である。2020年に東京オリンピックが開催予定である。2018年7月には健康増進法が改正され、公共の場での禁煙が初めて法律で義務付けられることになった。ただし中身は不十分で、世界保健機関（WHO）の基準に照らしても、現在の4段階中の最低ランクから1段階上がるにすぎない。これに対して、東京都では、従業員のいる飲食店は原則屋内禁煙など、国の法律より規制が強化された東京都受動喫煙防止条例が同年6月に制定されており、本問はこれを参考としている。

この間、国際オリンピック委員会（IOC）は1988年に禁煙方針を採択し、会場の禁煙化をすすめ、世界保健機関（WHO）とIOCの間で、タバコのないオリンピックを実現することに合意していた。2000年の第56回世界保健総会において「たばこの規制に関する世界保健機関枠組条約（WHO Framework Convention on Tobacco Control）」が採択され、日本も2004年にこれに署名し、2005年の発効と同時に国内上の効力が発生した。同条約には、受動喫煙の防止や未成年者に対する効果的なたばこ販売禁止措置などが規定されている。

憲法上の論点としては、受動喫煙防止条例の合憲性が焦点になる。設問では、本件条例の憲法上の問題点を指摘し、論じることが求められているのであるから、本件条例の立法目的とその立法目的を実現するための手段が必要かつ合理的なものかを論じればよい。Xの立場にたてば、以下の憲法上の権利が問題となる。

まず、「喫煙の自由」である。憲法13条の幸福追求権から導かれる権利の一つとして解釈可能であろう。

次に、「営業の自由」である。これは人が自己の選んだ職業を営む自由を意味し、経済的自由権の一つとして解されている。憲法上、営業の自由を保障する明文は存在しないが、職業選択の自由を保障する憲法22条1項がこれを保障していると解するのが通説である。職業選択の自由を認めても、営業の自由（職業遂行の自由）を認めなければ、職業選択の保障が無に帰するからである。

最後に、しかしながら営業の自由は表現の自由等の精神的自由と違い経済的自由に属する人権であるため、その制約についての違憲基準も緩やかで足りると解される。弊害の除去という消極的目的のためだけでなく、福祉国家の理想の実現という積極的目的のために広く制約されることもある。

以上

**2019年度南山大学大学院法務研究科法務専攻〈専門職学位課程〉入学試験
《B日程》 法律科目試験（商法） 出題趣旨**

〔設問1〕

取締役会設置会社における取締役会、各取締役、および代表取締役の権限についての理解を問うものである。

代表取締役は、会社の代表権限を有する（349Ⅳ）。ただし、会社法は、定款による制限（349Ⅴ）、会社と取締役間の訴訟（353）、利益相反取引（356、365Ⅰ）、法令による制限（362Ⅳ）代表権が制限される場合（利益相反取引の場合、利益相反となる取締役が存在する場合における代表取締役の行為の制限）を規定し、その場合の手続を規定している。

本設問は、事実①の本件借入れがこれらの規定のどの制限に該当し、その場合、会社内でどのような手続を行うべきかを問うものである。

〔設問2〕

A株式会社の本件借入れは、A株式会社の取締役（以下「a取締役」という）は、B銀行代表取締役を兼ねていることから、会社法356条1項2号の利益相反取引となり、a取締役は、A株式会社の取締役会で本件借入れにつき重要な事実を開示し、その承認を得る必要がある。

本設問は、この承認（手続）を得ていない取引の効力を問うものである。

本設問は、代表取締役の代表権限が制限されること、およびその場合の手続を問うものである。

〔設問3〕

代表取締役等の権限を制限する趣旨は、原則、会社の保護であることから、取引の効力に関する主張（多くの場合、無効の主張）は、会社側のみに認められる。

そこで、本事案のように、会社ではなく、承認を得ていない取引の保証人（会社の保証人）が無効の主張をできるかが問題となる。

本設問は、利益相反取引規制の趣旨、保証契約の性質などを考慮し、B銀行が保証債務の履行を求めた場合に、保護されるべき会社ではない保証人が、本件借入れの無効を主張し、保証契約（付従性により保証契約が不成立）の履行を拒否できるかを問うものである。

以上

**2019年度南山大学大学院法務研究科法務専攻〈専門職学位課程〉入学試験
《B日程》 法律科目試験（民法） 出題趣旨**

I

「共同相続と登記」に関する理解を問う出題である。そこで、相続によって取得した自己の持分については、登記なくして第三者に対抗できるとした判例（最判昭和38年2月22日民集17巻1号235頁、登記不要説）に基づいた論述が期待される。

ただ、その論述の前提として、Aの相続関係を整理することから始めることが求められる（根拠条文を明記すること。以下同じ。）。本件土地につき、Bは2分の1、Dは4分の1の共有持分を有することを記しておかなければ、BおよびDが、Eに対して、一部抹消（更生）登記手続請求を取ることができる（あるいはできない）という結論を導くことが、そもそもできないからである。

上記の登記不要説に従った場合、Cは、BとDの持分については、「無権利者」に過ぎないこと、また、登記に「公信力」はないことから、BDの持分に関してEが所有権を取得することはない、というのが解答の骨子となる。

なお、登記不要説に言及した上で、「不動産取引の安全」の観点から、対抗問題とすべきであるという主張（登記必要説）をすることは妨げない。また、登記不要説を維持した上で、民法94条2項の類推適用の可能性を論じても良い（ただし、「類推適用」である以上、権利者（B及びD）になんらかの帰責性があることが要件となる点に注意）。

II

建物賃貸借において、賃貸人の承諾を得たいわゆる適法転貸借(612,613条)がなされた後、賃貸人・賃借人間の基本賃貸借が、合意解除や債務不履行解除さらには期間満了・解約申入れ等によって終了する場合の転借人との関係を問う設問である。周知のように、基本賃貸借が合意解除によって消滅した場合と債務不履行解除によって消滅した場合とでは、判例学説上、大きく異なる取り扱いがなされている。

まず前者の基本賃貸借の合意解除の場合、賃貸人は合意解除をしてもそれを転借人に対抗できないとされる(判例、通説)。合意解除して転借人に明渡しや退去を求めることは、転借人に転貸しあるいはそれを承認した転貸人・賃貸人の自己の先行行為への矛盾的対応であって信義に反するし、389条や538条の趣旨からも導くことが可能と指摘されている。

他方で、基本賃貸借における賃借人の賃料不払を理由に解除、明渡等を請求する場合には、それが信頼関係破壊の段階に至った賃貸人の利益の保護も重要であることから、判例、学説は、解除は認められるとする。転貸借は、賃借人の賃借権の存在を前提とするから、不履行解除の結果、賃借人は転貸して転借人に使用させることができなくなり、転借人は賃貸人に対して転借権を対抗できなくなる。転貸借に関しては、基本賃貸借の不履行解除の場合、原則的に、賃貸人が転借人に目的物の返還請求をした時に転貸借は転貸人の転借

人に対する債務の履行不能により終了する(最判平成9・2・25民集51-2-398)。

賃料不払の場合に、賃貸人による解除に先立ち、転借人に対する催告を義務づけるべきとの見解もあるが、判例は否定している。

以上のような内容を中心に、転貸借の基本賃貸借への従属性を基本としつつ、判例、学説における合意解除と不履行解除の区別に即して、それらの背景にある考え方を説明し論じてほしい。なお、民法(債権関係)改正により、上に述べた判例法理は、改正法613条3項などに明文化されている。

以上